

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 12 de noviembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de GE Healthcare Bio-Sciences, S.A.U., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de 24 de septiembre de 2021, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de medios de contraste para el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, Lote 13, número de expediente A/SUM-041082/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 28 de mayo de 2021, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el posterior 31 de mayo en el DOUE y el 8 de junio de 2021, en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 25 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 5.010.783,16 euros y su plazo de

duración será de 2 años, con posibilidad de prórroga por otros dos años más.

En concreto al Lote 13 se presentaron 2 empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 20 de julio de 2021, GE Healthcare Bio-Sciences, S.A.U. (en adelante HEALTHCARE), interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Mesa de contratación de 8 de julio de 2021, por el que se excluye su oferta del Lote 13.

Mediante Resolución 382/2021 de 26 de agosto de 2021, de este Tribunal se estima el recurso, anulando la exclusión de la oferta de HEALTHCARE.

Mediante Resolución del Director Gerente del Hospital de 24 de septiembre de 2021, se adjudica el Lote 13 a Juste Farma, S.L. (en adelante JUSTE).

Tercero.- El 14 de octubre de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de HEALTHCARE en el que solicita la anulación de la adjudicación, excluyendo a JUSTE y que se le adjudique el contrato.

El 28 de octubre de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el Lote 13 por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos

contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del lote 13 de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 24 de septiembre de 2021, publicado el 28 de septiembre en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid e interpuesto el recurso el 14 de octubre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación del Lote 13, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) lo siguiente:

LOTE 13: Medio de contraste paramagnético con Gadolíneo Macroclícico para estudios en cardiología, de uso intravenoso en < 2 años, El adjudicatario deberá suministrar sin cargo para el Hospital los infusores y el materia fungible necesario para la administración del contraste.

- Para estudios de cardiología.
- Uso en menores de 2 años.

Lote	Descripción	Presentación	Principio activo	Cantidad 24 meses
13	Contraste con Gadolinio Macroclícico concentración 0,5 mmol/mL	Vial 50 mL	Gadolineo macroclícico para estudios cardiología	4.700

Alega la recurrente que la redacción del PPT es clara al exigir que el tamaño de la presentación del producto sea en el vial de 50 milímetros. Sin embargo, tras la revisión del expediente ha podido constatar que JUSTE ha ofertado un producto de 60 ml, en claro incumplimiento con lo previsto en los pliegos. De hecho, la oferta de JUSTE fue inicialmente excluida por este motivo. Así, el Informe Técnico, de fecha 5 de julio de 2021, deja claro que se excluye la oferta de JUSTE, además de porque entiende que el producto presentado no está recomendado en niños menores de 18 años, porque no cumple con el tamaño de la presentación exigida en el PPT, puesto que JUSTE oferta un vial de 60ml, cuando el PPT indica claramente que debe ser un vial de 50ml.

Por ello, no entiende el recurrente por qué ahora el órgano de contratación ha decidió admitir la oferta de JUSTE cuando ésta se encuentra en clara confrontación

con lo exigido en el PPT.

A mayor abundamiento añade HEALTHCARE que *“el producto ofertado por JUSTE al Lote 13 del expediente de referencia, Gadolinio macrocíclico, debería estar excluido del concurso del hospital público debido a que no está incluido en la prestación farmacéutica mediante la correspondiente resolución expresa de la unidad responsable del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, donde se establecen las condiciones de financiación y precio en el ámbito del Sistema Nacional de Salud según el artículo 92 del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos Sanitarios.*

Las Comunidades Autónomas y las entidades gestoras no pueden incluir en su cartera de servicios, y por tanto no pueden financiar con fondos públicos - a través de concursos públicos, por ejemplo, como en el caso que nos ocupa -, medicamentos con una resolución expresa de no financiación ya que produciría diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, entre ciudadanos/as integrados/as en el Sistema Nacional de Salud y por exclusivas razones territoriales, algo expresamente prohibido por la normativa. Así lo ha establecido el informe de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia sobre la financiación pública de medicamentos con resolución expresa de no inclusión en la prestación farmacéutica del SNS”.

Por su parte el órgano de contratación alega que ha solicitado un informe al órgano promotor del expediente, que adjunta, esto es el Servicio de Farmacia, sobre los motivos del recurso y éste manifiesta que, en base a los criterios de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia sobre la financiación pública de medicamentos, el producto ofertado por la empresa JUSTE no está financiado, por lo que dicha empresa debe ser excluida de la licitación.

Además el Hospital adjunta un informe de la Dirección General de Cartera

Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud (SNS) y Farmacia adscrita al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social sobre la financiación pública de medicamentos con Resolución expresa de no inclusión en la prestación farmacéutica del SNS en el que consta:

“Las Comunidades Autónomas y las entidades gestoras no pueden incluir en su cartera de servicios, y por tanto no pueden financiar con fondos públicos, medicamentos con una resolución expresa de no financiación ya que produciría diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el SNS, entre ciudadanos/as integrados/as en el Sistema Nacional de Salud y por exclusivas razones territoriales, algo expresamente prohibido en la Ley del medicamento”.

Como se ha expuesto anteriormente el órgano de contratación se allana a las pretensiones del recurrente. Ahora bien, como manifestara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015 de 11 de marzo de 2015, y más recientemente la Resolución nº 28/2021, de 21 de enero: *“El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP (actual 57.2 LCSP) establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga ‘infracción manifiesta del ordenamiento jurídico’ (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa)”.* Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante, a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión.

En primer lugar indicar que tal y como señala el recurrente, en el informe técnico emitido el 5 de julio de 2021 consta:

13	707515	Cyclolux Rep 0,5 mmol/ml solución inyectable EFG	Laboratorio Juste Farma SLU	No admitido: Cyclolux Rep no está recomendado para angiografía en niños menores de 18 años de edad debido a la escasez de datos sobre eficacia y seguridad en esta indicación. La presentación es vial 60 ml y lo indicado en el PPT es vial 50 ml.
----	--------	---	--------------------------------	---

No obstante lo anterior, en el Acta de la Mesa de contratación de su sesión celebrada el 2 de septiembre de 2021, consta:

“En primer lugar se informa a la Mesa de la Resolución nº 382/2021 del Tribunal Administrativo de la Contratación Pública estimando el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa GE Healthcare Bio-Sciences S.A.U., contra el acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación en fecha 8 de julio de 2021, por el que se excluía su oferta referente al lote 13 de este expediente, anulando la exclusión y prosiguiendo el procedimiento de adjudicación del mencionado lote.

En segundo lugar, se informa a la Mesa de la revisión de la valoración técnica realizada por el Servicio de Farmacia tras la interposición del recurso citado anteriormente y de la petición de aclaración de la primera valoración técnica, realizada por la empresa Juste Farma S.L.U. en su correo del pasado 6 de agosto. Como resultado de lo anterior las empresas finalmente admitidas a la licitación del Lote 13 son:

- GE Healthcare Bio-Science S.A.U.*
- Juste Farma S.L.U.”*

En relación con el incumplimiento alegado por el recurrente sobre la presentación del producto ofertado por JUSTE el órgano de contratación no se pronuncia en su informe al recurso.

Consultado por este Tribunal la página web del Ministerio de Sanidad de información sobre la situación de financiación de los medicamento se constata que el

producto ofertado por el adjudicatario con código nacional 707515 tiene una presentación de 60 ml incumpliendo las prescripciones técnicas que exigen que el vial tenga una presentación de 50 ml. Asimismo se indica “no financiado por resolución”.

A la vista de lo anterior en el presente supuesto, el allanamiento del órgano de contratación a la pretensión del recurrente no solo no constituye infracción alguna del ordenamiento jurídico, sino que promueve el correcto cumplimiento de las normas de contratación.

Por ello, de acuerdo con lo manifestado por el órgano de contratación procede excluir del procedimiento de licitación la oferta presentada por JUSTE.

En consecuencia, se estima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de GE Healthcare Bio-Sciences, S.A.U., contra la Resolución del Director Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de 24 de septiembre de 2021, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de medios de contraste para el Servicio de Farmacia del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, Lote 13, número de expediente A/SUM-041082/2020, que en consecuencia se anula.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la

interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática para el Lote 13 prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.